学术评论

资源与法律：解读清代中叶社会变迁的法律经济学新视角

刘亚丛

耶鲁大学法学院的布鲁斯·阿克曼教授将法律的经济学方法描绘为“20世纪法学中最重要的发展”。的确，经济学已经改变了法律问题的性质、对法律规则和制度的一般理解甚至法律实践。一般地，我们能说经济学提供了一个行为理论以预测人们如何对法律的变化作出反应。这一理论胜过直觉，正如科学胜过常识。①因此，包括“人力”、“资本”和“利润”等在内的投入成本、产出效率、交易公平、配置资源等就成了经济学切入法律问题的作业面，凭借此作业面展开对法律、政策及其制定者、实施者等所谓主体和主体在社会生活中不断变化的行为模式等进行分析论证都会产生许多较为“可预测”的结果。由此，法律规则体系便作为一种“隐性价格”体系与各种经济要素的显性价格体系相对应，建立了广义上的“资源”与“法律规则”之间的联系。这样，法学与经济学之间就有了研究的共同话语桥梁，对于法律史问题的研究也出现了许多新视域。

美国的研究中国法律史的学者步德茂（Thomas M·Buoye）先生在其《过失杀人、市场与道德经济：十八世纪中国的财产权暴力纠纷》一书中，运用法律经济学的研究方法取得了突出的成果。步德茂先生对十八世纪中国法律问题的研究路径令人耳目一新、富有开创性和启发性，从方法论的意义上可以说对我们的法律史研究乃至整个法学研究都具有非常值得借鉴的意义。步德茂先生娴熟巧妙地运用经济学的分析工具设计了中国法律问题的研究模型，将财产权与经济变迁联系在一起作为一个基本理论框架，考察了财产权的变化和支配土地交易及使用的正统的行为规则（即国家的基本法律制度的组成部分）。为此，步德茂先生援用或重新定义了人口增长、商业化、财产权、交易成本、政治制度、意识形态等若干变量的具体含义，对这些变量进行了多重而灵活的分析，并从不同角度使用这些变量以广东、山东和四川为对象就经济变迁与以财产权暴力纠纷为核心的社会冲突进行了深刻分析。

步德茂先生在秉持人口增长与商品化增加了土地的相对价值并引发扩大或完善财产权的要求以及由此产生了暴力纠纷的潜在可能性这一理论假设的前提下，将广东、四川、山东三个省的纠纷案件分为契约性与非契约性两类。非契约性纠纷揭示出了现存的财产权中的张力，如对典卖物的回赎、地租拖欠、撤佃纠纷等，契约性纠纷则彰显了为建立新的经济制度或取消既存财产权所作出的努力，如田界、水权纠纷等。步德茂先生在对这两类纠纷特征的分析基础之上，以财产权纠纷为核心对其地理分布形态和时间分布形态进行了模型构建。在财产权纠纷的地理空间分布方面，财产权纠纷的发生与人口密度和商业化程度呈显一定的关

[收稿日期] 2007-3-10
[作者简介] 刘亚丛（1968—），男，内蒙古工业大学人文与社会科学学院法学系副教授；呼和浩特 010049

联。为了能更好地说明财产权纠纷的地理空间分布形态，步德茂先生引入了施坚雅理论模型、埃德加·唐恩的农业生产要素成本的理论和冯·杜能模型对广东各州县发生的案件进行了考察，尤其是通过对发生暴力案件最多和最少的县的考察提出了暴力纠纷分布的核心边缘区域模型假说，即假如对土地的相对价值变化越不敏感，发生的暴力相比之下也就越少。处于核心区域的主要商业中心的纠纷数量相对较少与该假设正好相等，即主要商业中心周边的农业用地价值最高，且最不易受单位产出价格、运输成本及差级地租等其它因素的波动影响。如果主要商业中心周边的土地价值持续处在高水平，而且一直存在界定和实施财产权的较大诱因，就可以预言在这些县基于财产的暴力冲突的潜在可能性就会最小。在最边缘的区域，发现偏远的琼州府，不只是一个县与财产权纠纷相关的命案只发生一起或没有发生。在核心经济区域，作为其中心的省城广州与番禺县、南海县一起共同构成珠江三角洲核心区域的心脏，在这一地区才仅仅发生六起命案与财产权纠纷相关，相比之下，与其它土地和债务纠纷相关的命案却发生五十二起。在潮州府，命案总数比其它任何一府都多得多，可是在被认定为该府商业中心的海阳县，与财产权纠纷相关的命案才仅发生四起，虽然该县位于纠纷最严重的县的行列中，其各种类型的命案总数达到二十一起。[②]在核心边缘区域模型中还必须考虑另外一个相对的常量，即人口因素。人口密度过大的地区则财产权纠纷发生概率往往就比较高。这一常量是与作为经济学核心中问题之一的稀缺密不可分的。人口增长势必导致资源的相对稀缺，只要稀缺存在，某些层次的经济竞争便不可避免。如阿尔钦和哈罗德·德姆塞茨在他们关于产权的讨论中所提及的那样，“将社会系统视为依恃于技术、规则或习俗以解决在利用稀缺资源中出现的冲突……乃更为有益”。[③]因此，步德茂先生认为，假如稀缺是普遍的，社会冲突便是不可避免的，不过解决冲突的方式可以采取多种多样的形式，从和平的调解直到战争。

在财产权命案时间的分布形态上，步德茂先生对广东省 1738——1795年的刑科题本和户科题本进行了考察，尽管在乾隆年间人口大约翻一番，但财产权命案的绝对数量却保持明显的稳定，这表明财产权命案人均案发率呈下降趋势。不仅如此，财产权纠纷命案在财产权和债权等其它命案总数中所占的比例亦呈下降趋势。对于其下降原因，从经济上说，是由于人口增长和商业化的调适发生后，新财产权的需要逐渐得到了满足。在各种情况都平衡的条件下，就可合乎逻辑地预期人们采取行动缓和或消除冲突的根源并采用更加平和的方法解决纠纷，于是财产权命案的数量随着时间推移出现了下降。暴力纠纷的下降在另外一方面与商业化也有关。综合各种资料来看，十八世纪的经济发展带来了更大的繁荣，而更大的繁荣意味着佃农有能力支付押租金。押租金使用的增加恰好与欠租暴力纠纷的下降相偶合。与此相似，随着土地成为交易活跃的商品，个人对土地的情感依附作为引起赎典暴力纠纷的主张基础被弱化了。因此，暴力纠纷的下降在很多方面都与向更为商业化的经济过渡密切关联。[④]财产权命案的时间分布形态一方面印证了“康乾盛世”的和谐景象，另一方面也说明了乾隆时期朝纲国策等选择的良性所在，以至于社会公平而财富增加缓解了资源相对稀缺的境况。因为“我们讲某东西稀缺，实际是指要获得该东西必须放弃其他某些东西及总有一些人无法得到它。隐含在这种配置后的选择往往归咎于自然现象（较多的水和较少的钻石）。尽管存在某种联系，但它的影响要受制于那些有权对产品生产进行投入，有权销售，从而能购买一定产品的人们的社会选择。这些决策选择涉及从无足轻重的到灾难性的选择，基本决定了谁的利益会被考虑，谁能吃饱或谁会挨饿等等，这些选择最终取决于不同人分享份额和资格以及关于公平的意义与程度等方面的道德判断。稀缺一方面是物质（资源和技术）约束的问题，另一方面也是公共选择的问题。”[⑤]

从法律上讲，冲突的解决主要以规范来框定。法律规范与道德观念则因社会实际情况而确定。社会实际情况更多的要看经济上的“资源”，由于“资源”的稀缺，对其享用便产生了蕴含不同正义的“经济伦理”。不同的经济伦理观反过来又会影响“资源”的显性

价格。经济上“资源”状况的显性价格与法律上“规则”的隐性价格存在着一定程度的对应关系，这种对应关系往往会导致道德法律化或法律道德化。暴力纠纷的发生原因与其解决所因循的规则与其时代的经济“资源”呈显一定的关联。马克斯·韦伯曾讲，法律理论中的理想“法律秩序”对于真正的经济行为世界等于零，因为两者处在不同的水准上，一个是“应有”的理想世界，另一个则在“实有”的现实世界。假如两者有内在联系，应从社会学而不是从法学上去理解具有实在效力的法律秩序。在这样的上下文中，“法律秩序”有着完全不同的意义。它不是指一整套逻辑上表现正确的规范，而是指实际人类行为的实际决定因素。[⑥]

十八世纪的中国经济增长、人口膨胀，但是国家行政机构的规模却保持不变。在国家的治理过程中，基层司法与行政的完全合一对于政府及官员自然就带来了巨大的压力。基层社会冲突的形成及解决也就成了一个非常有意义的研究课题。从当时中国整个社会方面来看，农民家庭是生产和消费的最重要单位。一般而言，建立在习惯法之上的契约性协议调节着各户之间的经济关系。尽管整个十八世纪农业经济是中国的主导经济，然而忽视这一时期的一个重要特点——经济制度的变迁则是一个严重的错误。人们在十八世纪可以看到农业专业化和商业化的长足发展：米价上涨、财政改革、耕地面积扩大以及既有土地的集约化、大规模的移民和史无前例的人口增长。经济变迁严重地侵蚀了人们共享的伦理规范和共喻的公平正义，而这些恰好是习惯法有效性的基础。对既存经济制度以及支持它们的共享的伦理规范的侵蚀往往是许多暴力纠纷的核心所在。[⑦]对这种伦理规范的侵蚀促使以这种共享的伦理规范作为道德支撑的社会文化逐渐发生了变化。这种变化进而促生了新的道德观念，随着新的道德观念被接受，与之相应的俗例也就发生了民间法的效力，在适当时机就有了转变为国家法律的可能，出现了道德法律化。但是这种变化经常是付出以包括生命在内的沉重代价为先导的。

从文化上讲，冲突的发生源于对伦理正义等道德价值观念的不同对待。马克斯·韦伯提出人是悬在由他自己所编织的意义之网中的动物。格尔茨借用这一比喻，认为“所谓文化就是这样一些由人自己编织的意义之网”。从人类学的角度看，最好不要像通常的文化概念那样，把文化看成是一个具体的行为模式——习俗、惯例、传统、习惯——的复合体，而应把文化看成是一个总管行为的控制机制——计划、处方、规则和指令。而人是这样一种动物，他极度地依赖于超出遗传的、在其皮肤之外的控制机制和文化程序来控制自己的行为。[⑧]尹伊君先生在对文化与文明进行辨析时认为，当文化与文明用以对人的指称时，文化表示所获得的知识状况，文明则体现了行为举止的教养程度。[⑨]我们并不认为格尔茨过分地强调了文化的功能和作用，我们不得不承认今天世界上的民族、种族及地区之间的冲突有文化之成因。即使在同一社区内沐浴同一文化而成长起来的人也会因其个体文化习得之差异而形成不同群体，即所谓“人以群分、物以类聚”。文化之差别必然在一定程度上导致行为之迥异。作为文化的一部分，法律本质上是一种符号。它不但具有解释问题的功能，而且秉有传达意义的性质。法律是被创造出来的，而且，它是在不同的时间、地点和场合，由不同的人群根据不同的想法创造出来的。人在创造自己的法律的时候，命定地在其中贯注了他的想象、信仰、好恶、情感和偏见。发自人心的法律同时表达了特定的文化选择和间向，它从总体上限制着法律（进而社会）的成长，规定着法律发展的方向。[⑩]

步德茂先生深刻地把握了中国农村的一些文化特征，认为作为生产与消费基本经济单位的家庭共持着一种文化，即重视田产积聚和后裔蕃昌，其道德观念自然也与此相应。对祖业的态度和对男性继承人培养的观念在经济生活中自然会发挥着道德粘性作用。当农村经济商业化和集约化的发展导致交易成本发生变化，从而要求形成新的财产权以实现更大的经济效率时，道德粘性便起到了阻碍作用。于是出现了有伤传统伦常之事，冲突也因之发生。

在抽取的刑科题本的样本中，不乏由于商业化程度加深而意识形态发生变化的例证。在

1752年与 1753年之间，广州顺德县的三起事件 (这些命案没有涉及财产权问题）提供了关于大米和土地价格上升如何诱发异常行为的生动事例。何氏家族为了卖掉祖坟占用的土地，竟至雇工掘坟。试想祖先坟茔当敬而崇之系人伦常情，这种作法洵属过激。当地方官发现此事后，地方官对佣工依律处绞，又对雇工的何氏家族相关成员严惩不贷。虽然没有解释何氏家族动机的资料，但案件发生在米价接近十八世纪顶峰的时候，无疑绝非巧合。通过检读这些案件可见，出卖家族土地时显然会对社会声誉有玷，挖掘祖坟以及出卖尝田进一步表明了经济诱因的力量，足以凌驾于为人们所珍视要求对其祖先毕恭毕敬的意识形态，也就是说经济利益有时候竟凌驾于最基本的伦理观念之上。

可以说，人口的不断增加需要更多的资源消费，这便要求农村经济商业化以更优地实现资源配置。新的资源配置规则改变着主仆关系，在民间形成俗例，在司法实践中为地方州县官所接受，而最终得到了编纂入律。从另外一个角度讲，资源配置长期发展趋势总是倾向于降低交易成本，交易成本随着衡量商品、服务和实现财产权的成本、交换过程的范围和意识形态的倾向的变化而变化。交易规模越大，交易成本越复杂，就越需要明确细化并推行财产权。伴随着经济互动预复杂性的增加，国家作为财产权实施的第三方的作用扩大了。虽然国家在强制力方面有相当大的优越性，但在某种程度上，所有的国家都必须依赖意识形态维系其权力。在中国乡村的最底层，大体上也可以说意识形态是农村经济的重要支撑。因而在财产权纠纷中，对佃农和地主之间的相互义务的不同理解、土地所有制新观念以及其它经济制度的道德判断是众多争论的核心。

步德茂先生将财产权定义为人们认可的支配他们对资源的利用及其相互影响的行为关系。这些权利可以是正式的或非正式的、明示的或暗示的、书面的 (成文的）或非书面的 (非成文的)，并可以在法律、习惯以及社会的其它方面找到它们的表达形式。在十八世纪的中国，财产权通常以根植于地方习惯的书面合同形式表达出来。处于这种与个人相关的、日益变化的经济活动领域中，十八世纪的地方州县肩负了解决财产权纠纷的重担，这些纠纷以地方利益、契约、财产权和土地交易规制的完善为诉求，这些诉求被大清律例所纂入。平衡这些彼此抗争的主张对于地方官员来说经常被证实是一个令人沮丧而又棘手的任务。这些立法及司法实践表明人们的法律观念在不断地发生变化。

在十八世纪之前，习惯通常支持土地的原业主，这反映了一个普遍接受的祖上家产的观念，即个人对他们祖上传下来的土地具有不可剥夺的权利。“有权对卖地的回赎”是一个被认可的习惯。而且典卖土地往往是发生在婚丧娶嫁需要大笔开销之际。但是对 1742——1790年间土地典卖情况及土地回赎纠纷案件进行分析显示，土地典卖是为积聚资金以投资商业或从事贸易。这种做法恰好与旧的道德观念相矛盾。[11]这可以从社会经济变迁中得到一个合理的解释。十七、十八世纪，人口增长导致资源需求量加大，要求经济集约化，集约化增长的出现又离不开习惯法和中国农村维系经济交换的共同意识形态的改变。意识形态的改变促使新的道德观念合法化。“土地作为一种可转让的商品”的观念正在取代“土地是不可剥夺的祖上家产”的陈旧思想。商业化及农村经济集约化导致土地买卖较为自由，滥用回赎权引发了一系列的问题，乾隆年间大清律因此两次修改以厘清“活卖”与“绝卖”。通过对大量刑科题本的分析，便可得出这样一个结论，人口增长、商业化、农村经济集约化等经济变迁动摇了社会底层共持的道德观念，引发了社会小规模冲突，在司法实践中对各方利益的协调经常创造了符合新的正义观念的判例，事实上出现了“造法”。地方州县官总是在朝廷大律与地方俗例之间苦寻平衡点，以降低诉讼成本。不仅如此，在行政司法实践中，广为认同的地方俗例越来越发挥了作用，以至于朝廷大都是在不得已时才修律。由此在十八世纪的清代形成了经济变迁——道德变化——俗例鼎新——法典变更这样一幅道德法律化之图景。

步德茂先生的这部著作系由诺贝尔经济学奖得主诺斯所亲自审稿，该书充分地运用了诺

斯理论等经济学原理研究法律问题，丰富了法律经济学思想，并创造性地运用其法律经济学思想在十八世纪中国的经济变迁的大背景中考察中国法律问题。他以清朝刑科题本为素材，从人口增长、商业化、财产权、交易成本以及文化意识形态等方面入手，设计了财产权暴力纠纷的时空分布形态模型，对十八世纪中国社会底层的冲突进行了别出心裁的研究。从一个新角度量化了法律制度及法律实践与经济变迁之间的关系，更新了中国法律文化的研究方法、拓宽了研究视域。步德茂先生对法律与资源的关注与目前我国国内法学研究的一些新动向有不谋而合之偶。例如，2006年发表的张世明《清代班房考释》一文，认为：传统社会配置性资源与权威性资源不充分可以对所谓中国传统法律特性"重刑轻民、民刑不分"提供一定的诠释，按照人口膨胀——资源紧张——讼案增加、积案久滞的司法场域生态链条的自然延伸逻辑，监狱人满为患洵为势所必然。在刚性财政制度下的汲取能力的有限性及其权威性资源的稀缺，使清王朝司法资源配置只能以命盗刑案为要务而将户婚田债视为细故，并不自觉地偏好于刑事化或泛刑事化。与黄宗智先生集矢于"法律表达"与"法律实践"相离异现象的研究路径不同，张世明教授的着眼点在于力图超越"纸面法"与"活法"、被规定的法律与被实践的法律的二元论对立。⑫我们认为，对资源与法律变迁问题的研究目前已经受到了国内外学术界一些有识之士的高度重视，这将是国内法律史领域甚至整个法学领域的具体研究中一个重要的发展方向。

---

① 罗伯特·D. 考特 托马斯·S. 尤伦著《法和经济学》，施少华等译，上海财经大学出版社 2002年版第2—3页。

② Thomas M·Buoye, Manslaughter, Markets, Moral Economy: Violent Disputes over Property Rights in Eighteenth-century China, (Cambridge University Press, 2000) pp. 132—147.

③ Armen Alchain and Harold Demsetz, p. 16, "The Property Right Paradigm," Journal of Economic History (1973) 33. 1: 16-27.

④同② pp. 149—152.

⑤[美]A·爱伦·斯密德著，《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》，黄祖辉译，上海人民出版社，1999年版，第10页。

⑥[德]马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社，1998年版，第14页。

⑦同② pp. 34—36.

⑧[美]克利福德·格尔茨，《文化的解释》，韩莉译，译林出版社 1999年版，第5、56—57页。

⑨ 尹伊君，《社会变迁的法律解释》，商务印书馆，2003年版，第61—70页。

⑩梁治平，《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店，1994年版，第54页。

⑪同② pp. 94—95.

⑫张世明：清代班房考释，中国社会科学文摘，2002(6)第67—68页。原载《清史研究》2006(3)第1—21页。